

(In)coherencia del control sobre vicios de forma por parte del Tribunal Constitucional

ARIEL PÉREZ AUBEL*

RESUMEN: El presente artículo estudia los vicios de forma de preceptos legales y su control constitucional. En ese sentido, revisa la Acción de Inaplicabilidad, que conoce el Tribunal Constitucional chileno, y postula que dicho control padece una doble incoherencia: normativa e institucional. Para ello explica, en primer término, los conceptos de validez y régimen de invalidación de las normas, y, en segundo lugar, analiza la estructura y función de la jurisdicción constitucional. Concluye que en ambos sentidos el control se torna incoherente.

ABSTRACT: This paper studies the vices of form of legal precepts and their constitutional control. It reviews the Action of Inapplicability heard by the Chilean Constitutional Court, and which states that this control suffers from a double incoherence: normative and institutional. It explains the concepts of validity and the regime of invalidation of rules; and analyses the structure and function of constitutional jurisdiction. The paper concludes that in both senses the control becomes incoherent.

PALABRAS CLAVE: Vicios de forma – Acción de Inaplicabilidad – Régimen de invalidación – Función y estructura – Jurisdicción Constitucional.

KEY WORDS: Vices of form - inapplicability action – Invalidation regime - Function and structure - Constitutional Jurisdiction.

I. INTRODUCCIÓN

Los vicios de forma pueden ser estudiados desde diversas aristas. En el presente escrito se analizarán bajo la premisa teórica de que el Derecho es un sistema normativo institucionalizado, que supone instituciones (estructuras), que responden a una determinada función, y distribución de competencias¹. Así, la coherencia del control sobre los vicios de forma debiera medirse a través de una óptica normativa e institucional.

En lo normativo, una norma jurídica será válida si cumple con las normas sobre la producción jurídica que regulan su creación y contenido normativo². A partir de dichas normas sobre la producción jurídica, se distingue entre validez formal y material. La validez formal dependerá de si se han respetado o no las normas sobre el procedimiento, así como la competencia del órgano del que emanan. En cambio, la validez material atiende a que el contenido de la norma inferior sea compatible con lo dispuesto en normas superiores³.

* Egresado de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Alberto Hurtado. Ayudante del Departamento de Derecho Público UAH en las Cátedras de Teoría Política y Constitucional y Derecho Constitucional. Asistente de Investigación y Tesista del Fondecyt Regular N° 1180530. Profesora guía: Dra. Miriam Lorena Henríquez Viñas.

¹ ATRIA, Fernando, *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2016), p. 148.

² GUASTINI, Riccardo, *Distintiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Barcelona, Gedisa, 1999), p. 311.

³ RÓDENAS, Ángeles, *Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material*, en *Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 543-559.

Puede ocurrir que un precepto legal no siga las normas sobre el procedimiento o sobre la competencia formal o material y que aún así sea promulgado. En este caso estaremos frente a un vicio de forma o infracción constitucional, es decir, una hipótesis donde se ve afectada la validez formal de un precepto legal por no haber cumplido ciertas normas que regulan su producción. Ante esto, se requiere determinar cuál debe ser el régimen de invalidación. El régimen de invalidación determina quién tiene competencia para enjuiciar la validez de la ley y en qué condiciones ha de ejercerse esta competencia⁴.

En lo institucional, se puede afirmar que la doctrina en Chile postula que la Acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad (en adelante también INA) es procedente para resolver este tipo de vicios⁵, es decir, el Tribunal Constitucional conocería de los vicios de forma.

Es aquí donde cabe la otra dimensión del problema de éstos últimos, cuya solución se obtiene a partir del análisis de la función que desempeña el Tribunal Constitucional y su estructura, en relación con los vicios de forma. La función de la jurisdicción constitucional, de antaño, ha sido asumida como la de asegurar la supremacía constitucional⁶, sin embargo, podría también aceptarse la función de asegurar la sujeción de la política al derecho⁷.

Si así fuera, la estructura del Tribunal Constitucional debiera facilitar que la función se desempeñe adecuadamente. Esto puede someterse a crítica actualmente debido a que la estructura del Tribunal a través de la INA hace improbable que la política se sujete al derecho, en cuanto dicha Acción no desempeña esa función, sino que revisa si la aplicación de un precepto legal genera efectos contrarios a la Constitución. Si las normas sobre la producción jurídica de una norma tienen como objetivo sujetar la política al derecho, la estructura del órgano revisor debe hacer probable la función que desempeña⁸.

Este estudio se circunscribe a los vicios de forma de preceptos legales, es decir, de fuentes formales del derecho equivalentes a la ley y que ya están promulgadas. El control preventivo, si bien previene la ocurrencia de vicios formales durante la tramitación de un proyecto de ley, no es objeto de análisis ya que el problema que se aborda es el vicio que subsiste aún promulgada la ley, siendo procedente en ese caso, según la doctrina, la Acción de Inaplicabilidad.

La Acción de Inaplicabilidad es la mayor actividad que realiza el Tribunal Constitucional, representando el 98,68% de sus ingresos⁹, existiendo casos donde a través de ella se alegan vicios de forma y de los cuales se dará cuenta en el texto. Si bien este estudio es abordado eminentemente desde un plano teórico, tiene la mirada puesta en la práctica y sus

⁴ GASCÓN, Marina, *Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 20 (1997), pp. 131-156, p. 134.

⁵ NOGUEIRA, Humberto, *La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10 (2006), pp. 241-280; RÍOS, Lautaro, *La acción de inaplicabilidad de preceptos legales*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 14 (2007) 2, pp. 115-130; ZÚÑIGA, Francisco y VEGA, Francisco, *El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica*, en *Revista Estudios constitucionales*, 4 (2006) 2, pp. 135-174.

⁶ 5 US 137 (1803) *Marbury v. Madison*.

⁷ Formulación de la idea del Tribunal Constitucional Federal Alemán, citado en ATRIA, Fernando, cit. (n. 1), p. 267.

⁸ Tesis fundamental de Fernando Atria, en ATRIA, Fernando, cit. (n. 1).

⁹ Cuenta pública del Tribunal Constitucional 2019, p. 5.

[visible en internet: <https://www.tribunalconstitucional.cl/estudios/memorias-y-cuentas>].

consecuencias, de tal manera que se pretenden brindar argumentos para rechazar la procedencia de la INA en aquellos casos.

La hipótesis del artículo es que el actual control constitucional de los vicios de forma de preceptos legales es incoherente por dos razones. En primer lugar, existe incoherencia normativa al no tratar el vicio de forma como un tipo de vicio que afecta la validez de la norma y, en segundo lugar, porque si se aceptara la procedencia de la INA, institucionalmente se tornaría disfuncional un control jurisdiccional de los vicios formales, porque la actual estructura del Tribunal Constitucional no hace probable la función de sujetar la política al derecho.

Para la comprobación de la hipótesis se seguirá el siguiente plan de análisis: (i) Análisis normativo de los vicios de forma y su coherencia respecto al carácter del control y sus efectos. (ii) Análisis institucional de los vicios de forma y su coherencia en relación a la función y estructura del Tribunal Constitucional. Finalmente se consignarán las conclusiones más relevantes del escrito.

II. LO NORMATIVO DEL PROBLEMA Y SU COHERENCIA

1. Validez y vicios de forma

La validez de las normas jurídicas ha sido estudiada por muchos teóricos del derecho y se tienen distintas ideas acerca de ella. KELSEN asegura que la validez consiste en la existencia específica de una norma¹⁰, y será válida mientras exista dentro del (o pertenezca al) ordenamiento jurídico. En un sentido distinto, VON WRIGHT entiende la validez como la legalidad del acto de emitir una norma, es decir, existe una norma que permite a la autoridad de la primera norma emitirla¹¹. Estas son dos corrientes opuestas sobre la definición de validez, ya que KELSEN asume la validez como existencia, y VON WRIGHT como legalidad.

Por otra parte, GUASTINI¹² – siguiendo un concepto de validez como legalidad – designa que la validez de una norma dependerá de si se respetan o no las *normas sobre la producción jurídica* (NSPJ). Este autor avanza en el concepto debido a que sugiere la revisión de ciertas NSPJ para poder afirmar la validez o no de una norma jurídica¹³:

- a. Normas que confieren poderes;
- b. Normas sobre el procedimiento;
- c. Normas que circunscriben el ámbito de poder conferido;
- d. Normas que reservan materias a una determinada fuente;
- e. Normas que se refieren al propio contenido de la regulación.

La validez, según el autor italiano, “es la conformidad con todas las normas secundarias que regulan su creación y predeterminan su contenido normativo”¹⁴. A contrario sensu, si una norma no fue dictada conforme a las NSPJ será inválida. Sobre este punto, GASCÓN nos ilustra diciendo que puede haber cuatro grandes tipos de vicios: de incompetencia formal, de forma o

¹⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (México, UNAM, 1982), p. 23.

¹¹ VON WRIGHT, Georg, *Norma y acción* (Madrid, Tecnos, 1970), p. 200.

¹² GUASTINI, Riccardo, cit. (n. 2), p. 309.

¹³ VON WRIGHT, Georg, cit. (n. 11), p. 309.

¹⁴ GUASTINI, Riccardo, cit. (n. 2), p. 311.

procedimiento, de incompetencia material y de contenido. Sin embargo, no se debe olvidar que GUASTINI nos ofrece cinco clases de NSPJ, por lo que pueden ser cinco los vicios que afectan a las normas jurídicas:

- a. Vicio de competencia formal;
- b. Vicio de procedimiento;
- c. Vicio de competencia material;
- d. Vicio de reserva legal;
- e. Vicio de fondo o contenido;

HENRÍQUEZ trata estos vicios a propósito de los conflictos normativos¹⁵. La autora precisa que cuando existe una incompatibilidad formal, es decir, cuando no se han cumplido debidamente las normas procedimentales o existen vicios de competencia, corresponde hablar de “infracción”. Sin embargo, se podría decir de manera más precisa que, es la inobservancia de “*normas que confieren poderes, normas sobre el procedimiento o normas que circunscriben el ámbito de poder conferido*”, la que deviene en una infracción constitucional, que para efectos de este escrito se entenderán como vicios formales¹⁶.

La conformidad con las NSPJ determinará la validez formal o material de la norma jurídica. Si se infringe una NSPJ que determina la validez formal, adolecerá la norma de un vicio de forma. Si se infringe una NSPJ que determina la validez material, estaremos en presencia de un vicio material o de fondo. Es decir, tenemos dos grandes tipos de vicios dependiendo de cuál sea la NSPJ que se incumpla, a saber, la validez formal y material. La validez formal, en este escrito, se entenderá como un juicio de conformidad de una norma jurídica con las normas de competencia formal o material y normas sobre el procedimiento que regulan su creación. Pero ¿quién debe realizar ese juicio de validez?

Lo que constituía un problema para la teoría del derecho, ahora lo es para la teoría constitucional. Un precepto legal ve determinada su validez formal por NSPJ consagradas, precisamente, en la Constitución. Entonces, existen casos en que un precepto no fue dictado conforme las NSPJ que regulan el procedimiento o la competencia, y adolece de un vicio formal de validez. Ello, para la teoría constitucional, significa que el precepto es inconstitucional.

El control sobre la validez de las normas se realiza a través de un régimen de invalidación, que consiste en determinar quién (o quiénes) tienen competencia para enjuiciar la validez de la ley y en qué condiciones ha de ejercerse esta competencia¹⁷. Para GASCÓN dicho régimen de invalidación es contingente respecto del tipo de validez que se esté controlando¹⁸, pero a nuestro juicio siempre debe ser coherente con el tipo de vicio que trata.

Si el vicio de una norma proviene de la infracción de NSPJ formales, el control sobre la validez de ella debiera ser abstracto y siempre con efectos generales. Abstracto en el sentido de constatar si se cumplieron o no las NSPJ que determinan su validez formal, por ejemplo, si se cumplió con el procedimiento legislativo o si fue la autoridad competente para dictarla. Sobre sus efectos, este tipo de vicio afecta en todos los casos la validez de la norma jurídica porque se está constatando que no respetó las NSPJ, por lo que, si se quiere tener un ordenamiento

¹⁵ HENRÍQUEZ, Miriam, *Las fuentes del orden constitucional chileno* (Santiago, Thomson Reuters, 2016), p. 5.

¹⁶ Vicio de competencia formal, de procedimiento, y de competencia material, respectivamente.

¹⁷ GASCÓN, Marina, cit. (n. 4), p. 134.

¹⁸ GASCÓN, Marina, cit. (n. 4), p. 137.

jurídico coherente con normas jurídicas válidas, los efectos de su declaración siempre deben ser generales. No procede para estos casos la inaplicabilidad.

La coherencia normativa del régimen de invalidación, entonces, dice relación con la forma de conocer el vicio y los efectos de su declaración. Si se está en presencia de un vicio formal, la forma coherente de conocerlo debe ser abstracta y los efectos de su declaración *erga omnes*.

2. Carácter y efectos del régimen de invalidación

El régimen de invalidación, es decir, el sistema de control de validez de la ley, radica en Chile en el Tribunal Constitucional. Este es el órgano que controlaría los casos en que un precepto legal adolezca de un vicio de forma por haber infringido disposiciones constitucionales que supeditan la validez formal de una norma jurídica. En específico, se aceptaría que el artículo 93 N°6, que dispone de la Acción de Inaplicabilidad¹⁹, podría ser un medio jurídico para alegar vicios de forma.

La doctrina mayoritaria afirma que esta acción tiene un carácter concreto, debido a que revisa si la aplicación del precepto genera efectos inconstitucionales en la gestión pendiente²⁰. Sin embargo, la doctrina minoritaria cuestiona esto y señala que la consideración del caso concreto al que debe aplicarse el precepto impugnado sería solamente un requisito de admisibilidad que el Tribunal debe considerar²¹ y se llega a decir derechamente que el carácter de la INA es abstracto²², lo que SALAS llama inaplicabilidad impropia²³. Por su parte, COUSO Y CODDOU reconocen que se obliga al TC a realizar un control concreto y no abstracto de constitucionalidad²⁴, pero que en la práctica se vuelve complejo delimitar esa naturaleza concreta ya que el constituyente derivado de 2005 cometió importantes errores en el diseño de la Acción de Inaplicabilidad²⁵.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria, la Acción de Inaplicabilidad tiene un carácter concreto, y los aspectos de hecho de la gestión judicial en que incide, resultan clave para construir el juicio de legitimidad constitucional de la norma impugnada²⁶. La aplicación en la gestión pendiente del precepto legal no es un mero requisito de admisibilidad, puesto que la admisibilidad debe verificarse en atención al artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, siendo la revisión de la gestión judicial pendiente un elemento esencial de la Acción –que la exige el propio artículo 93 N°6 de la Constitución- a la hora de decidir la inaplicabilidad del precepto cuestionado.

¹⁹ En adelante también será llamada INA.

²⁰ PICA, Rodrigo, *El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 16 (2009) 2, pp. 101-136; RÍOS, Lautaro, cit. (n. 5).

²¹ RODRÍGUEZ, Pablo, *¿Inconstitucionalidad en abstracto o en concreto?*, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* 1 (2013) 2, p. 32.

²² RODRÍGUEZ, Pablo, cit. (n. 21).

²³ SALAS, Ricardo, *Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, en *Revista de Estudios Constitucionales* 16 (2018) 1, p. 192.

²⁴ COUSO, Javier y CODDOU, Alberto, *La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente*, en *Revista de Estudios Constitucionales* 8 (2010) 2, p. 397.

²⁵ El principal problema de diseño sería el nexo que tiene con la Acción de Inconstitucionalidad del Artículo 93 N°7 y con el control preventivo. COUSO, Javier y CODDOU, Alberto, cit. (n. 24), p. 401 y 420.

²⁶ ZUÑIGA, Francisco, *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales* (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010), p. 19.

Evidentemente surgen problemas en la práctica de la Acción -este artículo evidencia uno- y eso no se debe desconocer, pero aquellos problemas no deben llevar a reinterpretar el carácter de la INA. Lo errores se deben constatar y rechazar. Cuando la doctrina verifica problemas en la operación de las instituciones, debe plantearlos de manera tal que se reconozca el mal funcionamiento y se tienda a solucionar la práctica institucional incoherente. Por ello, la posición que correctamente adopta la doctrina mayoritaria, a la cual adhiere este artículo, es atribuirle un carácter concreto a la INA, reconociendo su mal funcionamiento por diversas razones, pero sin dejar que ello influya en la concepción teórica de ella.

Por su parte, y de forma coincidente con la doctrina mayoritaria, la propia jurisprudencia del órgano constitucional sostiene que se revisa la aplicación de un precepto legal, mas no su conformidad en abstracto con la Constitución²⁷. Entonces ¿puede reclamarse vía inaplicabilidad un vicio de forma? Recordemos que el vicio de forma es un tipo de vicio que afecta la validez formal de la norma jurídica. La validez formal es el juicio de conformidad de una norma jurídica con las normas sobre el procedimiento o de competencia formal y material.

El carácter de esta acción en ningún caso sugiere la revisión del cumplimiento de las NSPJ para estimar la validez de un precepto legal. Como se decía más arriba, el régimen de invalidación es contingente en cada ordenamiento jurídico, pero ello en Chile ha devenido en que una acción sea inidónea para resolver un vicio de forma. Aun esto, se han reclamado estos vicios en sede de INA, y el Tribunal Constitucional lejos de declarar inadmisibile la acción, ha razonado en el fondo del asunto llegando a verificar si se cumplieron con las NSPJ que otorgan validez formal al precepto legal²⁸.

En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por vicios de forma pueden²⁹ ser *inter partes* o *erga omnes*. En este sentido, ORUNESU afirma que, en el primer caso, el órgano declara la inconstitucionalidad de una norma limitando sus efectos al caso considerado. En cambio, en el segundo caso, la decisión tiene efectos generales e implica una derogación de la norma jurídica en cuestión³⁰. Se podría afirmar que si sus efectos son *erga omnes*, la decisión que recae sobre la impugnación de la norma jurídica, obligará a todos los poderes públicos y, en caso de aceptarse la impugnación, pierde validez.

En el ordenamiento jurídico chileno, queda claro que los efectos de la sentencia que estima la inaplicabilidad de un precepto legal son *inter partes*. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es enfática al señalar en su artículo 92 que dicha sentencia “*solo producirá efectos en el juicio en que se solicite*”. Además de lo que diga la ley, es importante inferir que, aunque no lo dijera, la propia fisonomía de la acción da cuenta que sus efectos deben ser tales. El objeto sobre el cual recae la INA es un precepto legal, cuya constitucionalidad está supeditada al análisis de la aplicabilidad y sus posibles efectos contrarios a la Constitución en una gestión pendiente y no sería plausible que una acción con este diseño constitucional tenga efectos *erga omnes*.

La doctrina chilena también asume que los efectos de la Acción de Inaplicabilidad son *inter partes*. Así, Ríos estima que la inaplicabilidad tiene efectos jurídicos *inter partes*, es decir,

²⁷ Roles 3116-16; 3299-16; 2944-15; 3199-16. Tribunal Constitucional chileno.

²⁸ Roles 1191-08; 588-06; 589-06; 741-07. Tribunal Constitucional chileno.

²⁹ Puede en un sentido de posibilidad. Es posible que existan medios jurídicos cuyos efectos sean *inter partes*, pero la postura del artículo es que no debieran ser así por padecer de incoherencia.

³⁰ ORUNESU, Claudina, *Positivismos jurídico y sistemas constitucionales*, (Madrid, Marcial Pons, 2012), p. 139.

restringidos al caso examinado y resuelto, y a quienes fueron partes en él, siguiendo la regla de toda sentencia judicial³¹. Lo mismo afirma NÚÑEZ al considerar que el proceso de inaplicabilidad no altera la vigencia de la ley sino solo su aplicación³². A mí juicio ambos autores están en lo correcto, sin embargo, discrepo en lo afirmado por NÚÑEZ ya que no cabría hablar de vigencia de la ley, sino que más precisamente de validez de la ley. La vigencia es un concepto asimilable a la existencia de una norma³³, y es distinta a la validez. Ambos son conceptos que no deben confundirse³⁴ por cuanto pueden existir normas que (i) no son válidas ni inválidas o, (ii) pueden existir normas inválidas. En el primer caso (i) se encuentra la Constitución, de la cual no se puede decir si es válida o no ya que “no existen metanormas que disciplinan la creación de la Constitución: la Constitución es, por definición, el producto del poder constituyente, es decir, de un poder *extra ordinem* no disciplinado por alguna norma preexistente”³⁵. En el segundo caso (ii) perfectamente pueden existir normas que carecen de validez, pero cuya declaración aún no se ha verificado, es decir, el órgano competente para dictar su invalidez no se ha pronunciado todavía y “pueden ser observadas y aplicadas, incluso, por largo tiempo antes de que su invalidez sea reconocida y declarada por los órganos competentes”³⁶.

En cuanto a la jurisprudencia, no se ha debatido ni interpretado de otra manera sobre los efectos, debido a que la norma es clara al designar que la sentencia producirá efectos específicos para la gestión pendiente.

Empero, en caso de que una INA declare que existen vicios de forma de preceptos legales, los efectos de su declaración dejarían de ser específicos y se generalizarían. Al haber verificado que un precepto legal no goza de validez formal, la sentencia de INA, si bien recae sobre la gestión pendiente, en los demás casos que se alegue la constitucionalidad formal, debiera declararse igualmente. No sería lógico que el Tribunal Constitucional cambie su postura y decida que sí es aplicable, pues con anterioridad, se había verificado que contenía un vicio de forma que afecta a su validez, por tanto estaría afirmando, con la aplicabilidad, que *ahora* es válida la norma, pero que en otra sentencia no lo era por padecer de un vicio formal, cuestión que en la práctica no debiera suceder porque el vicio la acompaña en todo momento y bajo toda circunstancia.

3. Una crítica al régimen de invalidación

³¹ RÍOS, Lautaro, cit. (n. 5), p. 121. En el mismo sentido PICA, Rodrigo, cit. (n. 20), p. 5 y SUÁREZ, Christian, *El recurso de inaplicabilidad en Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 13 (2009), pp. 635-676, p. 667.

³² NÚÑEZ, Manuel, *Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional*, en *Revista Estudios constitucionales* 10 (2012) 1, pp.15-64, p. 19.

³³ PINTO, José (1990), *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 7 (1990), pp. 101-167; ACCATINO, Daniela, *La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica)*, en *Revista de Derecho de Valdivia* 11 (2000), pp. 35-46.

³⁴ GUASTINI, Riccardo, cit. (n. 2), p. 311; GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional* (México DF, Editorial Fontamara, 2013); FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge, *Jerarquías normativas y dinámicas de los sistemas jurídicos* (Barcelona, Marcial Pons, 2011), p. 48. Esto ha sido tratado por Bulygin a partir de la crítica al concepto de validez de Kelsen, en ese sentido véase BULYGIN, Eugenio, *An Antinomy in Kelsen's Legal Theory*, en *Ratio Juris*, 3 (1990), pp. 29-45.

³⁵ GUASTINI, Riccardo, *Interpretación, estado y constitución* (Lima: Ara editores, 2010), p. 34.

³⁶ GUASTINI, Riccardo, *Interpretación*, cit. (n. 35), p. 35.

Como se apreció en el apartado anterior, la INA es una acción cuyo carácter es concreto y sus efectos son *inter partes*, a partir de eso ¿cuáles serían las consecuencias de que la INA sea el régimen bajo el cual se controlen los vicios de forma?

El Tribunal Constitucional ha conocido de vicios de forma en sede de Inaplicabilidad. Desde 2005 a la fecha se pueden mencionar, a modo ejemplar, las Sentencias Roles 473, 467, 517, 535, 588, 589, 608-609-610-611-612, 623, 741, 796, 1068, 1145, 1148, 1149, 1174, 1175, 1176, 1177, 1778, 1179, 1180, 1181, 1191, 2784, 2841, 3141³⁷, evidenciando que para la magistratura constitucional los vicios de forma no son un tema ajeno a su práctica jurisdiccional. El Tribunal ha llegado a afirmar que tiene la competencia para conocer de ellos y analizar si ocurren o no. En específico sostiene que el precepto legal podrá ser declarado inconstitucional por motivos de forma o de fondo³⁸ y al comparar el actual requerimiento de Inaplicabilidad con el anterior que radicaba en la Corte Suprema -en donde se razonaba que no era procedente por motivos formales- sostiene que ahora se está en presencia de una situación diferente, y el precepto podrá ser declarado inconstitucional, ya sea por motivos de forma o de fondo³⁹.

Para ilustrar la situación, en el Requerimiento de Inaplicabilidad, bajo Rol 2784⁴⁰, se impugnan las disposiciones contenidas en el artículo 3 letras i) y l), de la Ley Orgánica Constitucional de DIRECTMAR y los artículos 95, 96, 97, 142 inciso cuarto, 149 inciso primero, 150 inciso primero y 151 de la Ley de Navegación. El autor señala que se contravendría el artículo 64 de la Constitución al encontrarse la normativa de la DIRECTMAR contenida en un Decreto con Fuerza de Ley, en circunstancias que dicho precepto constitucional prohíbe dictar un DFL en materia de garantías constitucionales. En términos de este estudio, reclama que existió una inobservancia de las *normas sobre la producción jurídica* que otorgan validez formal, en específico de aquellas normas que circunscriben el ámbito de poder conferido. Es decir, alega un vicio de forma. El artículo 64 sería la NSPJ que circunscribe el ámbito de poder conferido al Decreto con Fuerza de Ley impidiendo que esta fuente se pronuncie sobre garantías constitucionales. A esto, el Tribunal lejos de declarar inadmisibles las pretensiones de constitucionalidad formal, y siguiendo la jurisprudencia sostenida que afirma su competencia para conocer de aquellos, entra en el asunto y señala que basta para desestimarlos anotar que dicha norma fue establecida por la Ley N° 18.011 (artículo 6°), del año 1981, lo que deja sin sustento la objeción planteada. Verificó que la materia regulada haya sido creada conforme a las NSPJ y constató que la materia correspondiente a garantías constitucionales sí fuera regulada por una Ley y no otra fuente, respetando así las normas que circunscriben el ámbito de poder conferido. El Tribunal razonó que, para poder resolver el requerimiento de Inaplicabilidad, era menester revisar el origen del precepto legal y si fue regulado por la fuente formal correspondiente, alejándose así de la circunstancia de su aplicación en el caso concreto y operando en la práctica como un régimen de invalidación.

La Acción de Inaplicabilidad no está destinada a ser un régimen de invalidación. Entendiendo régimen de invalidación como se ha definido en este escrito, a saber, “quién (o quiénes) tienen competencia para enjuiciar la validez de la ley y en qué condiciones ha de

³⁷ Roles 473-06; 467-06; 517-06; 535-06; 588-06; 589-06; 608-609-610-611-612-06; 623-06; 741-07; 796-07; 1068-08; 1145-08; 1148-08; 1149-08; 1174-08; 1175-08; 1176-08; 1177-08; 1778-08; 1179-08; 1180-08; 1181-08; 1191-08; 2784-15; 2841-15; 3141-16. Tribunal Constitucional chileno.

³⁸ Rol 1130-08. Tribunal Constitucional chileno.

³⁹ Roles 1038-08, considerando tercero; 968-07; 946-07; 821-07; 791-07; 976-07. Tribunal Constitucional chileno.

⁴⁰ Rol 2784-15. Tribunal Constitucional chileno.

ejercerse esta competencia”, la INA no es un medio para enjuiciar la validez de la ley, sino que es una vía para dejar fuera de la solución de un caso concreto una norma jurídica cuyos efectos son contrarios a la Constitución. En este sentido, LÜBBERT afirma que al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal se estará pronunciando sobre la ley en abstracto⁴¹ y HENRÍQUEZ es clara al determinar que la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional no afectará la vigencia o la validez del precepto legal impugnado⁴². Coincido con ambas autoras ya que aquí se ha hablado de régimen de invalidación, por lo tanto, la INA al ocuparse de la aplicabilidad no puede declarar la invalidez de una norma porque no fue diseñada para eso. Es una contradicción en los términos decir que la inaplicabilidad resuelve cuestiones de validez.

Además, los efectos de la INA son particulares, y ello hace que en caso de verificado un vicio que afecte la validez formal de las normas, se generalice la declaración de dicha acción provocando efectos erga omnes. ¿Es plausible esto? La Constitución y la ley obligan al Tribunal Constitucional a que la sentencia de INA sea con efectos inter partes, y lo que haría el TC al pronunciarse en esta sede sobre un vicio de forma, sería apartarse de su mandato constitucional y generalizar sus decisiones. Esto no se puede permitir y tanto LÜBBERT como HENRÍQUEZ dan cuenta que el TC, si incurre en esta falta, estaría prescindiendo de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general. Así, los efectos particulares de la INA no son coherentes con un pronunciamiento sobre un vicio que afecta la validez de un precepto legal, los cuales debieran ser generales⁴³. Esto es reconocido por el propio TC que al resolver un vicio de forma señala que el efecto particular decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general⁴⁴.

Se estaría afirmando, a través de la INA, que una ley inválida sigue siendo constitucional. Esto es, nuevamente, una contradicción en los términos porque es precisamente la Constitución la que le da la validez a las normas de rango legal, de tal forma que la constatación de su invalidez trae aparejada la declaración de inconstitucionalidad, cuestión que no ocurre a través de la INA y que, por lo tanto, es de suma incoherencia que se traten a través de ella los vicios de forma.

El artículo 6 de la Constitución chilena establece el principio de supremacía constitucional. Una forma de contravenir este principio es afirmar que el Tribunal Constitucional chileno pueda conocer de vicios de forma a través de su Acción de Inaplicabilidad ya que la Constitución en ningún momento le atribuye esa competencia. Con ello, además, se estaría infringiendo el artículo 7 de la Carta Fundamental que consagra el principio de juridicidad, esto por cuanto dicha disposición establece que los órganos deben actuar dentro de sus competencias, y si se concede que el TC conozca de vicios de forma a través de la INA, se estaría atribuyendo más competencias de las que la Constitución establece.

⁴¹ LÜBBERT, Valeria, *El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma*, en *Revista de Derecho Público* 76 (2014), p. 383. En el mismo sentido VERDUGO, Sergio, *Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?*, en *Revista de Derecho de Valdivia* 23 (2010) 2, p. 107.

⁴² HENRÍQUEZ, Miriam, *Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia*, en *Revista de Derecho Ucdal* 13 (2017) 15, pp. 49-68, p. 58. En el mismo sentido ATRIA, Fernando, *Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo*, en *Revista de Derecho de Valdivia*, XII (2001), p. 150.

⁴³ HENRÍQUEZ, Miriam, *Justicia constitucional*, cit. (n. 42), p. 59.

⁴⁴ Rol 741-07. Tribunal Constitucional chileno.

Una respuesta a la crítica sobre la improcedencia de la INA por vicios de forma, podría ser que el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete y guardián de la Constitución, sí está legitimado para solucionar este problema porque, de lo contrario, dejaría que la Constitución se infrinja. Sin embargo, no se puede recurrir a esta característica⁴⁵ del TC para argumentar que sí está autorizado a solucionar los vicios de forma a pesar de no habersele atribuido dicha competencia en la Constitución. Se ha constatado que en Chile el tratamiento de los vicios de forma vía INA no es idóneo, y ante esto debe ser el órgano creador de normas quien disponga de la solución. El primer llamado a reaccionar ante las problemáticas del ordenamiento jurídico es el legislador, y es él quien debe acudir ante las inconsistencias que se verifiquen, de lo contrario se le estarían dando competencias a los órganos a medida que el legislador no se pronuncie.

III. LO INSTITUCIONAL DE LOS VICIOS DE FORMA Y SU COHERENCIA

En el capítulo anterior se abordaron los vicios de forma y su control desde un punto de vista normativo. Allí se evidenció la incoherencia a la que se llegaría si se aceptara que el Tribunal Constitucional es apto para conocer de este tipo de vicios. Para continuar con la hipótesis del trabajo, que afirma una doble incoherencia del control sobre los vicios de forma por parte del Tribunal Constitucional, ahora cabe abordar la segunda incoherencia: la institucional.

La incoherencia institucional del control de los vicios de forma se estudiará de la siguiente manera: en primer lugar se explicará que el derecho, al ser un sistema normativo institucionalizado supone instituciones (estructuras) que responden a una determinada función, y distribución de competencias. Para ello, se deberá analizar la teoría de los conceptos jurídicos propuesta por Fernando ATRIA. Luego se aplicará dicho marco conceptual al Tribunal Constitucional, identificando su función y estructura, para finalizar afirmando que el control sobre los vicios de forma de parte del TC se torna incoherente.

1. Función y estructura. Una explicación.

El derecho no es solo un sistema normativo, sino un sistema normativo institucionalizado y ello supone conceptos formales (estructuras) y distribución de competencias⁴⁶. Para entender esta idea, se debe tener en consideración la teoría de ATRIA en relación a los conceptos jurídicos, en donde el autor afirma que estos son estructuras que hacen probable el desempeño de determinadas funciones⁴⁷. ARRIAGADA describe esta idea al decir que los conceptos jurídicos son estructuras o instituciones que hacen probable el desempeño de una función o idea preinstitucional que, sin la mediación de la estructura, es improbable⁴⁸. Es decir, los conceptos jurídicos no son figuras abstractas sin impacto en la realidad, sino que son conceptos que influyen en el modo de definirlos ya que muestran el Derecho tal cual es, describiendo la institucionalidad que lo conforma. Esa descripción y construcción se hace a partir de las nociones de *estructura* y *función* del concepto jurídico que se quiera definir.

⁴⁵ Esto puede conectarse con lo que viene a continuación sobre la función y estructura del Tribunal Constitucional. Para atribuirle competencias al TC no se puede hacer referencia a su función, sino que se debe tener apego irrestricto a las competencias entregadas por la Constitución.

⁴⁶ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 148.

⁴⁷ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 154.

⁴⁸ ARRIAGADA, María Beatriz, *Tres problemas de Atria sobre los conceptos jurídicos ilustrados en el concepto de derecho subjetivo*, *Revista Chilena de Derecho* 45 (2018) 1, p. 10.

La función y la estructura son elementos centrales en la tesis de ATRIA, la cual inicia con la premisa de que los conceptos jurídicos deben ser definidos por referencia a su naturaleza⁴⁹. El sentido en que utiliza la palabra naturaleza es en que hay algo en los conceptos jurídicos en virtud de lo cual ellos son lo que son y que eso no depende de algo ajeno a ellos, sino de algo interno⁵⁰, y es ahí donde toma relevancia la función y la estructura, ya que son estos dos elementos los que se deben tener en consideración para definir al concepto.

¿De dónde provienen las nociones de función y estructura? La construcción de los conceptos jurídicos, como se dijo, se hace a partir de esta idea de función y estructura, y estas dos nociones nacen de la siguiente clasificación utilizada por Michael MOORE⁵¹:

- i. Clases Naturales: sus elementos comparten una misma naturaleza o *estructura*. Por ejemplo el agua que tiene una determinada estructura.
- ii. Clases Nominales: cuyos elementos no comparten más características que el hecho de ser llamados así.
- iii. Clases Funcionales: sus elementos comparten una misma *función*.

ATRIA introduce una variación a esta clasificación afirmando que las clases se definen por algo interno o externo a ellas. Las primeras podrán ser clases naturales o funcionales, pues se definen por algo interno a ellas (su *estructura* o su *función*) y las segundas serán siempre las clases nominales, pues no hay algo interno que las defina más allá de que son nombradas de la misma manera⁵². Por lo tanto *a* y *c* son clases que se definen por referencia a algo interno, y *b* es una clase que se define por algo externo.

Los conceptos jurídicos, prosigue ATRIA, aparentemente podrían ser conceptos estructurales, es decir, se podrían definir por algo interno a ellos, y en específico por su estructura. Sin embargo ello no es del todo así. Para comprobarlo, analiza el concepto de “jurisdicción” dado por CAPELETTI en donde, según él, existen dos características que hacen del proceso judicial algo que pueda llamarse jurisdicción: su conexión con casos y controversias, y la imparcialidad del juez. Por lo que, un juez que decide un caso que no ha sido promovido por alguna parte o que decide su propio caso, podrá seguir llamándose juez, pero no será un juez, por no cumplir con las notas características de la jurisdicción ya sea porque no tiene conexión con alguna parte o porque no estará siendo imparcial al conocer de su propia causa. La jurisdicción tiene dos características estructurales que la definen: la conexión con casos y la imparcialidad; aquello que no tenga esas dos características no podría denominarse jurisdicción ya que no cuenta con los elementos que conforman su estructura.

Sin embargo, ¿qué de distinto hay entre los procedimientos legislativos y administrativos en donde se han introducido audiencias para escuchar los intereses en conflicto (conexión con casos) o en que se ha ordenado imparcialidad de los órganos políticos? La introducción de esos mecanismos hace que aquellos procesos sufran una judicialización, por contener características que son propias del proceso judicial, pero siguen siendo procedimientos políticos o administrativos. No se les llama jurisdicción. Esto da cuenta que esas características estructurales del proceso judicial no definen la jurisdicción. Porque, a pesar de que otros procedimientos cuenten con esas características, hay algo en virtud de lo cual esos

⁴⁹ No en un sentido *Iusnaturalista*.

⁵⁰ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 134.

⁵¹ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 36.

⁵² ATRIA ejemplifica con los cuasicontratos.

procedimientos siguen siendo políticos aun cuando han adoptado una estructura judicial⁵³. Esto muestra un déficit en una teoría que ve a los conceptos como puramente estructurales, es decir, que pueden ser definidos por su forma o estructura. La solución, a partir de ATRIA, es introducir un concepto funcional de jurisdicción. Además de la definición estructural, debe haber una definición funcional, que permitirá definir de mejor manera el concepto jurídico y describir realmente la institucionalidad que conforma el Derecho.

Hasta el momento tenemos que los conceptos jurídicos tienen una naturaleza interna que los define, que puede ser su estructura o su función. Sin embargo, si se hace referencia solamente a su estructura, dicha definición presentaría falencias como la que se mostró con el concepto de jurisdicción.

Con el objeto de explicar la relación y la necesidad que hay entre la estructura y la función para definir un concepto jurídico, ATRIA distingue dos funciones que la naturaleza (funcional o estructural) de un concepto desempeña. La *ontológica* y la de *individuación*. La primera es un nivel en donde se pregunta por la definición del concepto: qué es la jurisdicción, la legislación, la propiedad, etc. La segunda es el nivel de la identificación de las instancias a las que el concepto se aplica. Ambas preguntas deben hacerse por separado, y es por eso que a los conceptos jurídicos se les debe definir estructural y funcionalmente, debido a que la estructura por sí sola no sirve para responder qué es jurisdicción, legislación, propiedad, etc., porque puede ocurrir el caso que existan conceptos con estructuras que compartan características (proceso de jurisdicción y algunos de administración -superintendencias por ejemplo- en donde hay controversias e imparcialidad de quien decide) pero que sigan siendo diferentes. Asimismo la función por sí sola no identifica inmediatamente las instancias a las que el concepto se aplica, es decir, la función del concepto no sirve para la individuación. Los conceptos jurídicos no son conceptos puramente estructurales ni funcionales.

Lo que ocurre es que la individuación del concepto funcional es mediada por su estructura. “Así, la función permite identificar no un conjunto de reglas sino una estructura, de modo que el concepto se desempeña, asumida que sea esa estructura funcionalmente identificada, como un concepto estructural”⁵⁴. Por ejemplo la Ley, por su parte funcional, su función es identificar la voluntad del pueblo, pero esa función no permite individualizarla inmediatamente en los casos e instancias en que el concepto se aplica. Si la función de la ley sirviera como modo de individuación, aquellos quienes no están conforme con el contenido de la ley podrían alegar que no es una manifestación de la voluntad del pueblo, por lo tanto, que no cumple su función, a lo que debiera seguirse que no es ley y que no debe ser aplicada. En ese caso el Estado de Derecho se tornaría imposible. Allí es donde se evidencia que los conceptos jurídicos no son puramente estructurales ni funcionales, pues no se pudo recurrir a su función para individualizar qué es ley y qué no lo es. Para lograr eso, se debe recurrir a la estructura, por lo que ley será aquel texto que “ha sido aprobado mediante cierto procedimiento por el parlamento, sancionado y promulgado por el Presidente de la República, y publicado en el Diario Oficial”⁵⁵, es esta la estructura de la ley que permite individualizar las instancias en que se aplica y se hace operativa, el juez identificará lo que es ley no en razón de su función, sino de su estructura.

⁵³ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 138.

⁵⁴ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 146.

⁵⁵ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 147.

Lo anterior demuestra que debe entenderse separadamente la pregunta por la definición y la de individuación (que ATRIA denomina, inteligibilidad y operación respectivamente). La ley se manifiesta en una estructura de modo tal que es identificable, se hace operativa, a través de ella. La función de la ley se hace probable a través de su estructura. Solamente la ley funcionará y podrá operar en la medida en que se identifique a través de su estructura, de lo contrario sería imposible pues siempre se estaría cuestionando (en caso de mirar a la función) si acaso representa o no la voluntad del pueblo.

Como consigna ATRIA, una explicación de un concepto jurídico es una especificación de “a) una idea preinstitucionalmente identificable, cuyo desempeño es naturalmente improbable; b) las razones por las cuales ese desempeño es naturalmente improbable, y c) el modo en que una estructura neutraliza o compensa las causas de esa improbabilidad identificadas en (b) y hace así probable el desempeño de la idea preinstitucional identificada en (a)”⁵⁶.

En el caso de la ley, lo improbable es imputar una voluntad determinada al pueblo, cuya necesidad es obvia en el Estado Democrático de Derecho, las leyes regulan nuestros modos de vida, nos restringen, autorizan, prohíben, mandan, etc. y necesitamos de ellas, de lo contrario estaríamos en un estado de naturaleza. Por lo tanto vivir con leyes es una necesidad (como explicación sirven las teorías contractualistas del surgimiento del estado) y naturalmente vivir sin leyes es improbable y sería la ley del más fuerte. Sin embargo, no se puede apelar a esa función de la ley (identificar la voluntad del pueblo) para individualizar las leyes que nos rigen, pues para algunos no representará la voluntad del pueblo, por considerarla quizás injusta o poco conveniente. Es por eso que la manera correcta de identificar las leyes es en referencia a su estructura, es decir, se identificará como ley todo aquello que fue producido bajo las reglas de creación (normas sobre la producción jurídica) y que fue publicado en el Diario Oficial.

La estructura neutraliza los impedimentos que tendría si acaso la ley fuera individualizada por referencia a su función (identificar la voluntad del pueblo) y la hace probable pues sólo así podría operar en el Estado de Derecho restringiendo y regulando nuestros modos de vida de forma pacífica.

Explicada la función y estructura de los conceptos jurídicos, pasaremos a analizar la función y estructura del Tribunal Constitucional, para desentrañar el concepto de Tribunal Constitucional y luego verificar la coherencia institucional del control de los vicios de forma en relación a la estructura y función del órgano revisor (TC).

2. Función y estructura del Tribunal Constitucional en relación con los vicios de forma

El primer paso para definir un concepto jurídico es identificar su función, habiendo hecho eso se trata luego de “identificar las razones por las cuales el desempeño de esa función es improbable y el modo en que la estructura neutraliza o contribuye a neutralizar esas razones, haciendo así probable el desempeño adecuado de una función que en un contexto desinstitucionalizado sería improbable”⁵⁷. Por lo tanto, se identificará, siempre en relación con el problema de los vicios de forma, cuál es la función de la jurisdicción constitucional, para luego verificar si, la estructura que actualmente está llamada a cumplir dicha función, efectivamente la hace probable, lo que conllevará a analizar al Tribunal Constitucional. Se analizará si la

⁵⁶ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 154.

⁵⁷ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), 154.

estructura del Tribunal Constitucional hace probable la función de la jurisdicción constitucional y su coherencia sobre los vicios de forma desde esta perspectiva institucional.

En términos de identificar la función de la jurisdicción constitucional, no se puede sino mencionar el fallo de *Marbury vs. Madison*, del año 1803, que es el inicio de lo que hoy se denomina jurisdicción constitucional. De hecho, se llega a afirmar que es el “momento fundacional del control de constitucionalidad”⁵⁸ o que en esa sentencia se “encuentra resumida buena parte de la filosofía de ese primer momento fundacional del constitucionalismo moderno”⁵⁹. En esa decisión se afirmó que el gobierno de los Estados Unidos es limitado por mandato de la Constitución, al imponer límites a la actuación de los poderes públicos, la Constitución controla cualquier acto legislativo que le sea repugnante, pues de no ser así, el Legislativo podría alterar la Constitución por medio de una ley común⁶⁰ y es allí donde se declara lo siguiente:

*“Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley... Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial, los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, (luego) entonces la Constitución y no la tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.”*⁶¹

El razonamiento transcrito anteriormente da origen, se ha dicho, a lo que se denomina la supremacía constitucional. En caso de que se verifique que la ley se opone a la Constitución, debe prevalecer la Constitución, porque es ella la que limita a los demás poderes del estado y no puede haber ley que pretenda oponerse a ella. Por lo que podría decirse que la función de la jurisdicción constitucional es asegurar la supremacía constitucional.

En doctrina muchos confluyen en esta mirada sobre la función de la jurisdicción constitucional, entre ellos se podría mencionar a HENRÍQUEZ quien postula que “los hechos, actos y, fundamentalmente, normas jurídicas que desconozcan o transgredan la Constitución deben ser declarados inválidos o inaplicables por el órgano jurisdiccional competente. En esto radica la garantía o defensa de la Constitución, la que se hace efectiva a través de los distintos modelos de justicia o control constitucionales”⁶² y en un sentido similar ORUNESU destaca que “más allá de las diferencias, ambos modelos (americano y europeo de justicia constitucional) comparten un mismo objetivo: garantizar la supremacía de la constitución”⁶³.

Sin embargo, otra mirada a la jurisdicción constitucional es concebir que su función es sujetar la política al derecho. Esta es una posición que asume el Tribunal Constitucional Federal de Alemania⁶⁴, cuya explicación se puede elaborar a partir de la idea que, tanto en

⁵⁸ CELOTTO, Alfonso, *El derecho juzga a la política: la Corte Constitucional de Italia* (Buenos aires, Ediar, 2005), p. 5.

⁵⁹ CARBONELL, Miguel, *Marbury vs Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 5 (2005), p. 294.

⁶⁰ CARBONELL, Miguel, cit. (n. 59), p. 294.

⁶¹ CARBONELL, Miguel, cit. (n. 59), p. 294.

⁶² HENRÍQUEZ, Miriam, *Las fuentes*, cit. (n. 15), p. 29.

⁶³ ORUNESU, Claudina, cit. (n. 30), p. 109.

⁶⁴ Formulación de la idea del Tribunal Constitucional Federal Alemán, citado en ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 267.

cuanto en el poder legislativo se deciden cuestiones en base a convicciones políticas que, a su vez, pretenden identificar la voluntad del pueblo, su actuación siempre debe estar sometida a las reglas constitucionales del proceso legislativo, que tienen por objeto, como se dijo anteriormente⁶⁵, hacer probable la función de las leyes (identificar la voluntad del pueblo).

La función del órgano competente para controlar los casos de vicios de forma que pueden sufrir las normas, más bien se acerca a la de sujetar la política al derecho que asegurar la supremacía constitucional. No parece que sea la supremacía constitucional la función específica de la jurisdicción constitucional en relación con los vicios de forma. Es correcto reconocer que la Constitución al ser suprema impone el deber de que los demás órganos la respeten y las demás normas se conformen a ella, y también es correcto que deba existir un control sobre eso, es decir, que exista una autoridad que determine cuándo se ha infringido la constitución, o cuándo se ha actuado en contra de ella, pero de eso no se sigue necesariamente que exista un Tribunal Constitucional llamado a cumplir esa una función. La supremacía constitucional se verifica en cada momento, por diversos órganos, el Poder Judicial, la Contraloría, etc.

En lo que concierne al control de los vicios de forma, lo que se pretende es que el órgano encargado de crear normas (poder legislativo) se sujete a las NSPJ, y para ello debe haber un control sobre él, ya que se hace poco probable que se autoregule por sí solo. La función que mejor describe esa actividad pretendida (que el poder legislativo cumpla con las NSPJ) es la de sujetar la política al derecho. La política debe tener sujeción a las reglas constitucionales que regulan la creación de las normas. Esto se puede conectar con las ideas de la primera sección que presentaba a las Normas Sobre la Producción Jurídica, las cuales normativamente le dan validez, valga la redundancia, a las normas jurídicas, e institucionalmente sujetan el actuar político de quienes integran el poder legislativo, a través de normas que regulan su actuación y el contenido de aquello que regulan. A partir de ahí, la función de la jurisdicción constitucional, en consonancia con lo planteado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, sería garantizar que la política se sujete al derecho, y específicamente en lo que trata este trabajo, que se cumplan las NSPJ pero desde una perspectiva, ahora, institucional.

Como se dijo al comienzo, lo que está en estudio es verificar la función y estructura del Tribunal Constitucional. Sin embargo esto sólo se circunscribirá a la INA. Lo que se estudia es si dicha acción es coherente para dar solución al problema de los vicios de forma, y por eso se debe analizar esa estructura y no otra. Si se incluyera el control preventivo de constitucionalidad en el análisis, sería más complejo y escapa del objetivo del trabajo.

El artículo 93 N°6 prescribe que el Tribunal Constitucional, a través de la INA, debe resolver si la *aplicación* de un precepto legal en una gestión pendiente *genera efectos* contrarios a la constitución. Ahora ¿La estructura del Tribunal Constitucional a través de la INA hace probable sujetar la política al derecho?

La pregunta ahora es sobre si la actual estructura hace probable el desempeño de la función del Tribunal Constitucional. Es decir, si la forma que adopta el Tribunal Constitucional cuando opera a través de la Acción de Inaplicabilidad para resolver los vicios de forma hace probable que la política se sujete al derecho.

⁶⁵ ATRIA, Fernando, *La forma*, cit. (n. 1), p. 147.

Especial atención se debe tener en cuanto a lo que revisa el TC en la INA es si la aplicación resulta contraria a la Constitución. Los miembros del Tribunal Constitucional deben decidir si un precepto legal *genera* algún efecto que contradiga la constitución. En cambio, la verificación de un vicio de forma, conlleva declarar que en un tiempo pasado se produjo una actuación inconstitucional del órgano creador de normas, en otras palabras, si se *generó* una infracción a la constitución. Los verbos utilizados por la norma que le da competencia al TC no son en vano y deben interpretarse restrictivamente.

Para ilustrar esto, podemos tener en cuenta que los casos de vicios de forma pueden ser, entre otros, como dice HENRÍQUEZ, que: “a) Se aprueba una norma de ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sin oír previamente a la Corte Suprema, según el artículo 77; b) Se aprueba una norma de ley orgánica constitucional sin alcanzar el quórum de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, y c) Una cuestión de iniciativa exclusiva del Presidente de la República se ingresó a trámite por moción”⁶⁶.

Se puede notar que en una controversia sobre la no observancia de NSPJ, lo que está en cuestión es verificar el cumplimiento de las NSPJ, y para ello los jueces constitucionales deben hacer un ejercicio de justificación. Deben justificar que un hecho político, un hecho que ocurrió en el poder legislativo, debe regirse por ciertas normas. No es necesario revisar si la aplicación de una norma en controversia genera efectos inconstitucionales. Lo que ocurre cuando se conoce de los vicios de forma y se decide acerca de ellos, es justificar que la decisión de quienes integran el poder legislativo (haber votado una ley con determinado quórum, no haber remitido a la Corte suprema en caso de tener la obligación de hacerlo, etc) se sujetaron o no a las normas que regulan su actividad de creación normativa (NSPJ), las cuales están en la Constitución y que, por consecuencia, serán constitucionales o no dependiendo de si se justifica positiva o negativamente lo que ocurrió en el proceso de creación de la norma en relación con las normas que regulaban su creación y contenido⁶⁷.

El Tribunal Constitucional, en su operación a través de la INA, hace improbable que se sujete la política al derecho, y es incoherente que solucione por esa vía los vicios de forma. Los vicios de forma son un caso en donde se evidencia que el cuerpo legislativo no siguió las NSPJ que regulan la creación de las normas (normas procedimentales o de competencia), y el órgano competente para enjuiciar eso debiera tener por objeto (función) sujetar la política al derecho, limitarla.

La jurisdicción constitucional, como se afirmó, tiene la función de garantizar la sujeción de la política al derecho, sin embargo ello es improbable en el actual diseño institucional (de la Acción de Inaplicabilidad) porque el control se hace a través de una estructura que no desempeña esa función, sino otra. La función que desempeña la estructura de la INA no es sujetar la política al derecho, sino busca que en las gestiones pendientes que se sigan ante cualquier tribunal ordinario no se apliquen disposiciones que puedan generar un efecto contrario a la Constitución.

Este es un caso, como dice ATRIA, de contradicción entre función y estructura. Lo improbable del desempeño de la función es que la política se sujete al derecho, y es por eso que surge la necesidad de una estructura que haga probable el desempeño de esa función. Sin

⁶⁶ HENRÍQUEZ, Miriam, *Las fuentes*, cit. (n. 15), p. 65.

⁶⁷ Eso hizo en el Rol 2784-15. Tribunal Constitucional chileno. Ver nota 40.

embargo, la INA no hace probable el desempeño de la función que se pretende al controlar los vicios de forma.

Si se aceptara la procedencia de la INA se estaría haciendo inestable la jurisdicción constitucional ya que se estarían usando estructuras que no están llamadas a desempeñar esa función. La función que se espera que cumpla un Tribunal Constitucional al revisar las normas sobre la producción jurídica, es una en la cual no se restringe a casos particulares y en donde está en juego la validez de las mismas. Por otra parte, en la revisión de la aplicación a un caso concreto, como lo es en la INA, se revisa precisamente eso, la aplicación y sus posibles efectos contrarios a la constitución en una gestión pendiente. Lo que se le pide a la justicia constitucional al otorgarle la potestad de enjuiciar los vicios de forma, es decidir si la creación de una norma fue conforme a las NSPJ. Pero no se le puede pedir eso a una estructura que no hace probable la función de sujetar la política al derecho. La estructura solo podría aceptar conocer de ese tipo de vicio abandonando su forma original, por lo tanto, convirtiéndose en otra estructura, distinta de la que es.

Convertirse en otra estructura para hacer probable la función es un peligro. Como se dijo anteriormente, no se puede aludir a la función para identificar las instancias a las que el concepto se aplica. La justicia constitucional sobre los vicios de forma, traducida en una estructura como la INA, no se puede individualizar en razón de su función. Eso sería precisamente lo que ocurriría si se acepta la procedencia de la Acción de Inaplicabilidad en razón de la función de sujetar la política al derecho, incluso si se pretendiera que la función es la supremacía constitucional. Se estaría identificando una estructura mirando a su función, y ello convierte al concepto de jurisdicción constitucional en un concepto puramente funcional sin mediación de las estructuras. Sería irrelevante la estructura que tenga si siempre se identificará a la institución en orden a su función de sujetar la política al derecho, llamando jurisdicción constitucional todo aquello que pretenda sujetar la política al derecho, devaluando así el concepto.

Lo anterior supondría aceptar que la institución del Tribunal Constitucional pueda ir mutando a medida de lo que convenga sin mediación institucional (estructural); esto no puede aceptarse porque conllevaría a atribuirle más competencias de las que el orden normativo institucionalizado le otorgó a la estructura⁶⁸.

Hay dos maneras de arreglar esta inestabilidad: reinterpretar la estructura, o reintrepretar la función. Lo que se hace al aceptar la INA es reinterpretar la estructura, pero se interpreta por la propia institución del Tribunal Constitucional, que no es el encargado de reinterpretar su estructura. Quienes son los llamados a modificar las estructuras son los órganos legisladores⁶⁹, no pueden las estructuras mismas reinterpretarse por querer cumplir su determinada función.

Por todo lo anterior, el control sobre los vicios de forma por parte del TC a través de la INA es incoherente institucionalmente. La estructura no hace probable la función. Verificado esto se necesita que el legislador intervenga en las estructuras actuales o bien cree una nueva que haga probable un control coherente de los vicios de forma.

⁶⁸ Ver nota 45.

⁶⁹ También los constituyentes.

IV. CONCLUSIONES

El Derecho es un sistema normativo institucionalizado y la coherencia del control sobre los vicios de forma por parte del Tribunal Constitucional se puede analizar desde una perspectiva normativa e institucional.

En su ámbito normativo, las normas que provocan el vicio de forma son: normas sobre el procedimiento, competencia material y competencia formal. El vicio de forma de un precepto legal tiene como consecuencia la invalidez.

Los ordenamientos jurídicos disponen de regímenes de invalidación determinados para enjuiciar la validez de sus normas jurídicas. Las NSPJ se encuentran contenidas, generalmente, en la Constitución y su incumplimiento genera una infracción constitucional. Distintas pueden ser las fórmulas de control, debido a que es contingente, por ejemplo en nuestro ordenamiento se utiliza un control concreto e *inter partes* a través del ejercicio de la Acción de Inaplicabilidad por parte del TC.

Un vicio de forma de la norma requiere que el órgano que la revisa analice de forma abstracta su conformidad con las NSPJ ya que, para determinar la existencia de tal vicio, se contrasta la norma en examen con las NSPJ. En caso de constatar que sí existió vicio formal por incumplimiento de las NSPJ, la sentencia debe tener efectos *erga omnes* y se debe entender derogada del ordenamiento jurídico.

El régimen de invalidación radicado en el Tribunal Constitucional, normativamente es incoherente respecto a los vicios de forma. La INA no está destinada a ser un régimen de invalidación, debido a que fue creada para determinar la aplicabilidad de las normas, mas no su validez. El régimen de invalidación enjuicia la validez, la INA no. En cuanto a los efectos, se torna preocupante el efecto generalizador que tendría una declaración de inaplicabilidad por vicios de forma, debido a que fue creada para incidir en una gestión pendiente. La regla general en Chile es que las sentencias tengan efectos relativos, salvo lo disponga de manera distinta la Constitución y las leyes. Los ordenamientos jurídicos exigen coherencia entre sus problemas y modos de solución, insistir en la procedencia de la INA, sería abogar por las incoherencias.

En cuanto a su coherencia institucional, se presentó que los conceptos jurídicos describen la institucionalidad que conforma el derecho. Para su definición se debe considerar la estructura y función. La estructura hace probable el desempeño de una función que, sin la existencia de ella, sería improbable.

La función de la jurisdicción constitucional se puede debatir entre la de asegurar la supremacía constitucional o la de sujetar la política al derecho. La función que mejor describe la institucionalidad a la que, aparentemente, le correspondería conocer de los vicios de forma es la de sujetar la política al derecho. Esto se sigue de que las NSPJ tienen por objeto limitar la actuación de los órganos creadores de normas estableciendo sus procedimientos, competencias y el contenido de aquello que deben regular.

El Tribunal Constitucional, a través de la INA, revisa si una norma en su aplicación en una gestión pendiente resulta contraria o no a la Constitución, si *genera* efectos contrarios a la constitución, ergo, los jueces constitucionales deben revisar si un precepto *genera* efectos inconstitucionales, mas no si se *generaron* efectos inconstitucionales. Los vicios de forma son un caso en donde se verifica que se *generó* una infracción constitucional. Los verbos son claros

en delimitar la competencia. En un caso se revisa si actualmente se generan efectos inconstitucionales y en el otro se revisaría si en el pasado se generó una infracción.

Lo que se le pide a la jurisdicción constitucional al revisar los vicios de forma es que justifique si las decisiones de quienes integran los órganos creadores de normas (al haber votado leyes con determinado quórum o no haber remitido a la Corte Suprema cuando tenían la obligación de hacerlo) se sujetaron o no a las normas que regulan su actividad de creación normativa.

La INA no hace probable la sujeción de la política al derecho ya que su estructura no está llamada a desempeñar esa función por cuanto no es competente para verificar el cumplimiento de las NSPJ, sino que es competente para revisar si la aplicación en una gestión pendiente resulta contraria a la Constitución.

Existe una contradicción, en el caso de los vicios de forma vía INA, entre función y estructura, porque la estructura (INA) no hace probable el desempeño de la función jurisdiccional al revisar los vicios de forma (sujetar la política al derecho).

Si se conoce de los vicios de forma vía INA, se aceptaría una incoherencia institucional ya que se estaría adaptando una estructura en razón de su función, cuestión que no puede ocurrir ya que las estructuras no pueden ser modificadas por sí solas.

Como se ha podido apreciar, el problema de los vicios de forma puede ser explicado desde una perspectiva normativa e institucional. En lo normativo se evidenció que es incoherente el régimen de invalidación a través de la INA por su carácter y efectos. En lo institucional se dio cuenta de una incoherencia ya que la estructura (INA) no hace probable el desempeño de la función de la jurisdicción constitucional sobre vicios de forma.

El actual control constitucional de los vicios de forma por parte del Tribunal Constitucional a través de la INA es incoherente normativa e institucionalmente. Urge que tanto el cuerpo legislativo como un próximo órgano constituyente, tengan en consideración esto y regulen de forma coherente los vicios de forma.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela, *La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica)*, en *Revista de Derecho de Valdivia* 11 (2000).

ARRIAGADA, María Beatriz, *Tres problemas de Atria sobre los conceptos jurídicos ilustrados en el concepto de derecho subjetivo*, *Revista Chilena de Derecho* 45 (2018) 1.

ATRIA, Fernando, *Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo*, en *Revista de Derecho de Valdivia* 12 (2001).

ATRIA, Fernando, *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2016).

- BULYGIN, Eugenio, *An Antinomy in Kelsen's Legal Theory*, en *Ratio Juris* 3 (1990).
- CARBONELL, Miguel, *Marbury vs Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 5 (2005).
- CELOTTO, Alfonso, *El derecho juzga a la política: la Corte Constitucional de Italia* (Buenos aires, Ediar, 2005).
- COUSO, Javier y CODDOU, Alberto, *La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente*, en *Revista de Estudios Constitucionales* 8 (2010) 2.
- FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge, *Jerarquías normativas y dinámicas de los sistemas jurídicos* (Barcelona, Marcial Pons, 2011).
- GASCÓN, Marina, *Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 20 (1997).
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Barcelona, Gedisa, 1999).
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretación, estado y constitución* (Lima: Ara editores, 2010).
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional* (México DF, Editorial Fontamara, 2013).
- HENRÍQUEZ, Miriam, *Las fuentes del orden constitucional chileno* (Santiago, Thomson Reuters, 2016).
- HENRÍQUEZ, Miriam, *Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia*, en *Revista de Derecho Ucdal* 13 (2017) 15.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (México, UNAM, 1982).
- LÜBBERT, Valeria, *El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma*, en *Revista de Derecho Público* 76 (2014).
- NOGUEIRA, Humberto, *La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 10 (2006).
- NÚÑEZ, Manuel, *Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional*, en *Revista Estudios constitucionales* 10 (2012) 1.
- ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales* (Madrid, Marcial Pons, 2012).
- PICA, Rodrigo, *El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 16 (2009) 2.

- PINTO, José (1990), *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 7 (1990).
- RÍOS, Lautaro, *La acción de inaplicabilidad de preceptos legales*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 14 (2007) 2.
- RÓDENAS, Ángeles, *Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 30 (2007).
- RODRÍGUEZ, Pablo, *¿Inconstitucionalidad en abstracto o en concreto?*, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano* 1 (2013) 2.
- SALAS, Ricardo, *Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, en *Revista de Estudios Constitucionales* 16 (2018) 1.
- SUÁREZ, Christian, *El recurso de inaplicabilidad en Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 13 (2009).
- VON WRIGHT, Georg, *Norma y acción* (Madrid, Tecnos, 1970).
- VERDUGO, Sergio, *Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?*, en *Revista de Derecho de Valdivia* 23 (2010) 2.
- ZÚÑIGA, Francisco y VEGA, Francisco, *El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica*, en *Revista Estudios constitucionales* 4 (2006) 2.
- ZÚÑIGA, Francisco, *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales* (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010).

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

- Acción de Inaplicabilidad Rol 467-06
- Acción de Inaplicabilidad Rol 473-06
- Acción de Inaplicabilidad Rol 517-06
- Acción de Inaplicabilidad Rol 535-06
- Acción de Inaplicabilidad Rol 588-06
- Acción de Inaplicabilidad Rol 589-06
- Acción de Inaplicabilidad Rol 608,609,601,611,612-06.
- Acción de Inaplicabilidad Rol 623-06
- Acción de Inaplicabilidad Rol 741-07.

Acción de Inaplicabilidad Rol 791-07.
Acción de Inaplicabilidad Rol 796-07.
Acción de Inaplicabilidad Rol 821-07.
Acción de Inaplicabilidad Rol 946-07.
Acción de Inaplicabilidad Rol 968-07.
Acción de Inaplicabilidad Rol 976-07.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1038-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1068-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1130-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1145-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1148-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1149-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1174-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1175-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1176-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1177-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1778-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1179-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1180-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1181-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 1191-08.
Acción de Inaplicabilidad Rol 2784-15.
Acción de Inaplicabilidad Rol 2841-15.
Acción de Inaplicabilidad Rol 2944-15.
Acción de Inaplicabilidad Rol 3116-16.
Acción de Inaplicabilidad Rol 3199-16.
Acción de Inaplicabilidad Rol 3141-16.
Acción de Inaplicabilidad Rol 3299-16.